

Reimund Marc von der Höh

# Die Vorrats-SE als Problem der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs



**Nomos**

**Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften**

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 150

Reimund Marc von der Höh

# Die Vorrats-SE als Problem der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4374-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-8607-5 (ePDF)

**D 61**

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/17 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 17. Mai 2017 statt. Für die Druckleckung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Anfang Juni 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Noack, der mich von der Auswahl des Themas bis zur schnellen Erstellung des Erstgutachtens hervorragend betreut hat.

Weiterhin möchte ich Prof. Dr. Andreas Feuerborn für die zugügige Erstellung des Zweitgutachtens danken sowie Prof. Dr. Karsten Altenhain für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Danken möchte ich auch meinem Chef, Herrn Dr. Ernst-Markus Schubert, der das Vertrauen in mich gesetzt hat, mir die Erstellung dieser Dissertation neben einer Teilzeitstelle zu ermöglichen und immer für furchtbare Diskussionen zur Verfügung stand.

Meiner Frau Martina danke ich für ihre immer uneingeschränkte und volle Unterstützung und Geduld während der Zeit der Erstellung dieser Arbeit. Ohne dich hätte ich die Arbeit nicht schreiben können. Zudem hat sie das Korrekturlesen übernommen.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern, die mich während meines ganzen Lebens unterstützt und zu dem gemacht haben, der ich heute bin. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im August 2017

Reimund Marc von der Höh





# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
1. Teil: Einführung	31
A. Einleitung	31
I. Entstehungsgeschichte der Rechtsform der SE	31
II. Rechtstatsächliche Verbreitung	33
B. Untersuchungsgegenstand und Struktur der Arbeit	36
2. Teil: Vorüberlegungen	38
A. Grundlagen zu Vorratsgesellschaften	38
I. Begriffsbestimmungen zu Vorratsgesellschaften	38
II. Der Umgang mit Vorratsgesellschaften im deutschen Recht	41
1. Die Vorratsgründung	41
2. Aktivierung einer Vorratsgesellschaft	42
a. Analoge Anwendung der Kapitalaufbringung dienender Gründungsvorschriften	42
aa. Materielle Ebene	44
bb. Formelle Ebene	48
cc. Begründung der herrschenden Ansicht	49
b. Tatbestände der Aktivierung	50
aa. Start der Geschäftstätigkeit	52
bb. Sacheinlage der Geschäftsanteile oder Vermögensgegenstände eines Unternehmens	53
cc. Kauf eines Unternehmens oder Unternehmensteils im Wege des asset deals	53
dd. Kauf einer Gesellschaft im Wege des share deals	53
ee. Die Vorratsgesellschaft als aufnehmender Rechtsträger einer umwandlungsrechtlichen Maßnahme	54
c. Einige kritische Anmerkungen zur herrschenden Meinung	54
aa. Das Stamm- bzw. Grundkapital als Preis für die Haftungsbeschränkung?	55
bb. Differenzierung zwischen Gesellschaft und Unternehmen	56

cc. Kein gestreckter Gründungsvorgang bei der Vorratsgesellschaft	56
dd. Ergebnis	59
3. Vorteile der Verwendung einer Vorratsgesellschaft	59
a. Allgemeine Vorteile des Einsatzes von Vorratsgesellschaften	59
b. Spezielle Vorteile der Verwendung einer Vorrats-SE	62
aa. „Umgehung der Gründungsrestriktionen“	62
bb. Umgehung des Verhandlungsverfahrens zur Arbeitnehmerbeteiligung	62
cc. Ergebnis	63
B. Auslegung von SE-VO und SE-RL	63
I. Autonome Methodik des Unionsrechts	63
II. Ziel der Auslegung im Unionsrecht	64
III. Zu den einzelnen Auslegungskriterien	67
1. Grammatikalische Auslegung	68
2. Historische Auslegung	70
3. Systematische Auslegung	72
4. Teleologische Auslegung	73
IV. Ergebnis	74
3. Teil: Vorrats-SE und die Zugangsregelungen der SE-VO	75
A. Erfordernis eines Handelsgewerbes	75
B. Numerus clausus, Gründungsberechtigte Personen, Mehrstaatlichkeit	78
I. Inhalt der Gründungsrestriktionen	78
1. Numerus clausus der Gründungsformen	78
a. Bedeutung des Begriffs Numerus clausus der Gründungsformen	78
b. Überblick über die verschiedenen Gründungsformen	79
c. Systematische Unterscheidung	82
2. Beschränkung der gründungsberechtigten Person	84
a. Verschmelzungsgründung nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO sowie Umwandlungsgründung nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO	84
b. Holdinggründung nach Art. 2 Abs. 2 SE-VO	85
c. Tochtergründung nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO	85
d. Gründung einer SE-Tochter nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO	87
3. Mehrstaatlichkeitsprinzip	87
a. Verschmelzungsgründung nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO	87
b. Holding- und Tochtergründung Art. 2 Abs. 2, Abs. 3 SE-VO	88
c. Umwandlungsgründung nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO	88

d. Gründung einer SE-Tochter nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO	89
II. Konsequenzen für die Gründung und Aktivierung einer Vorrats-SE – Meinungsstand und Bewertung der bisher vertretenen Auffassungen	90
1. Kein Verstoß aufgrund des Formalcharakters der Gründungsrestriktionen	90
a. Der Ansatz Caspers und Schäfers	90
aa. Vorstellung des Ansatzes	90
bb. Bewertung	92
b. Ergänzungen durch <i>Schreiner</i>	92
2. Die Argumentation <i>Hörtigs</i>	93
a. Gründung der Vorrats-SE	93
b. Aktivierung einer Vorrats-SE	94
c. Bewertung	94
3. Ergebnis	95
III. Eigene Überprüfung	95
1. Betrachtung der Gründung der Vorrats-SE	95
a. Die Tochtergründung des Art. 2 Abs. 3 SE-VO als in der Praxis häufigster Weg der Gründung einer Vorrats-SE	95
b. Formale Einhaltung der Gründungsrestriktionen	97
c. Zwischenergebnis	97
2. Isolierte Betrachtung der Aktivierung der Vorrats-SE	97
3. Die Vorrats-SE als Problem der Gesetzesumgehung – Herausarbeitung der maßgebenden Grundsätze	98
a. Gesetzesumgehung im Unionsrecht	99
aa. Die Ansichten <i>Caspers</i> und <i>Schäfers</i> zur SE-VO	99
(a) Darstellung der Ansichten	99
(b) Bewertung	100
bb. Die Rechtsprechung des EuGH: Behandlung der Gesetzesumgehung als Rechtsmissbrauch	100
(a) Anwendungsbereich der Grundsätze zur Beurteilung von Rechtsmissbräuchen	101
(b) Kriterien des EuGH zur Beurteilung von Rechtsmissbräuchen	103
(aa) Objektives Element	105
(bb) Subjektives Element	106
(c) Rechtsfolgen eines Rechtsmissbrauchs	107
cc. Bewertung der Behandlung der Gesetzesumgehung im Unionsrecht	108
dd. Ergebnis	110
ee. Entscheidungskompetenz und Anwendung nationaler Rechtsmissbrauchsregelungen	111

(a) Entscheidungskompetenz	111
(b) Anwendung nationaler Missbrauchsvorschriften und -grundsätze	112
(aa) Die Zulassung der Anwendung nationaler Grundsätze und Vorschriften als Ausprägung des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs	113
(bb) Beschränkung der Anwendung der nationalen Rechtsmissbrauchsgrundsätze auf die Überprüfung des Missbrauchs von Richtlinien und umgesetztem Recht	114
(c) Ergebnis	115
b. Folgerungen für das Verhältnis der Aktivierung der Vorrats-SE mit den Gründungsrestriktionen	116
c. Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsgrundsatzes	116
aa. Mitbestimmungsrechtlicher Ansatz als gemeinsame Normzweckerwägung für alle Gründungsrestriktionen	117
bb. Numerus clausus der Gründungsformen	119
cc. Beschränkung der gründungsberechtigten Personen	120
dd. Mehrstaatlichkeitsprinzip	133
(a) Schutz der nationalen Gesellschaftsformen	122
(aa) Meinungsstand	122
(bb) Bewertung	123
(i) Konkurrenz- und Exklusivitätsthese als historischer Leitgedanke des Mehrstaatlichkeitsprinzips	123
(ii) Aktualität von Konkurrenz- und Exklusivitätsthese	126
(iii) Ergebnis	127
(b) Firmenwahrheit bzw. firmenrechtliches Irreführungsverbot als zusätzlicher Ansatz für das Mehrstaatlichkeitsprinzip	127
(aa) Darstellung der Diskussion	127
(bb) Bewertung	128
(cc) Ergebnis	129
(c) Die Gesetzgebungszuständigkeit des Unionsgesetzgebers als zusätzlicher für das Mehrstaatlichkeitsprinzip genannter Normzweck	129
(aa) Subsidiaritätsaspekte in der Ermächtigungsgrundlage des Art. 308 EG und deren Verhältnis zur allgemeinen Subsidiaritätsklausel des Art. 5 Abs. 2 EG	132

(i) Ungeeignetheit einer relativen Deutung des Erforderlichkeitsmerkmals	133
(ii) Art. 308 EG als (auch kompetenzbeschränkende) Abgrenzung zu mitgliedstaatlicher Tätigkeit	134
(iii) Folgerungen für die Frage der Rechtfertigung des Mehrstaatlichkeitsprinzips mit Art. 308 EG	135
(iv) Ergebnis	135
(bb) Verdrängung des Art. 5 Abs. 2 EG	135
(cc) Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EG	136
(i) Abgrenzungen und Inhalt	137
(ii) Geeignetheit	139
(iii) Erforderlichkeit	141
(iv) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	143
(v) Ergebnis	144
(d) Ergebnis zum Sinn und Zweck der Gründungsrestriktionen	144
ee. Nichterreichung der Ziele der Gründungsrestriktionen	145
(a) Numerus clausus	145
(b) Beschränkung der gründungsberechtigten Personen	145
(c) Mehrstaatlichkeitsprinzip	147
(aa) Rechtsmissbrauch durch die Gründung einer Vorrats-SE	147
(bb) Kein Rechtsmissbrauch durch die Umgehung des Mehrstaatlichkeitsprinzips durch Gründung und Aktivierung einer Vorrats-SE	148
(i) Kein Rechtsmissbrauch bei Verwendung der aktivierten SE zu Zwecken, in denen ein Bedürfnis für die Nutzung einer europäischen Rechtsform besteht	148
(ii) Ebenfalls kein Rechtsmissbrauch in Fällen bei Verwendung der aktivierten SE zu Zwecken, in denen kein Bedürfnis für die Nutzung einer europäischen Rechtsform besteht	149
d. Ergebnis	150
C. Gründungsberechtigung nicht wirtschaftlich tätiger Gesellschaften	151
I. Meinungsstand	152

II. Stellungnahme	153
III. Ergebnis	154
D. Das „Zweijahreserfordernis“	154
4. Teil: Arbeitnehmerbeteiligung und die Vorrats-SE	156
A. Durchführung des Verhandlungsverfahrens bei der Gründung der Vorrats-SE	156
I. Inhalts- und Problemdarstellung	156
1. Kurzüberblick über den Inhalt der Regelungen zur Arbeitnehmermitbestimmung	157
2. Problemaufriss	159
II. Generelle Unzulässigkeit der Gründung arbeitnehmerloser SE	159
1. Die Aussagen Blankes	159
2. Stellungnahme	160
a. Keine Anhaltspunkte im Wortlaut	160
b. Keine teleologische Reduktion der Gründungsvorschriften, kein Missbrauch	162
c. Richtiges Verständnis der Ansicht Blankes	162
d. Ergebnis	163
III. Teleologische Reduktion der Vorschriften zum Verhandlungsverfahren aufgrund der Arbeitnehmerlosigkeit der Vorrats-SE	163
1. Methodische Grundlagen der teleologischen Reduktion	164
a. Teleologische Reduktion im deutschen Recht	164
b. Teleologische Reduktion im Europarecht	166
c. Teleologische Reduktion in der SE-VO	167
2. Mögliche teleologisch zu reduzierende Vorschriften und ihr Verhältnis zueinander	167
a. Die Bedeutung von Art. 12 Abs. 2 SE-VO	167
b. Teleologische Reduktion von SE-RL und SEBG	169
c. Teleologische Reduktion konkreter Vorschriften von SE-RL und SEBG	170
d. Ergebnis	171
3. Sinn und Zweck der der Art. 3 Abs. 1 SE-RL, § 4 Abs. 1 SEBG	172
a. Bestimmung des Sinns und Zwecks der Art. 3 Abs. 1 SE-RL, § 4 Abs. 1 SEBG nur im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens insgesamt	172
b. Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens: Zusammenführung von Mitbestimmungsstandards und Ermöglichung flexibler Gestaltungen	172

c. Sinn und Zweck der Auffangregelung: Sicherung erworbener Beteiligungsrechte	173
d. Ergebnis	174
4. Teleologische Reduktion bei jeder Gründung einer Vorrats-SE	174
a. Teleologische Reduktion aufgrund der fehlenden aktiven Tätigkeit der Vorrats-SE	175
b. Teleologische Reduktion von Art. 3 Abs. 1 SE-RL, § 4 Abs. 1 SEBG aufgrund der geplanten Arbeitnehmerlosigkeit der zu gründenden Vorrats-SE	176
aa. Die Ansicht Feuerborns	176
bb. Stellungnahme: Unerheblichkeit der geplanten Arbeitnehmerzahl der SE	177
cc. Ergebnis	182
IV. Zulässigkeit der Gründung durch arbeitnehmerlose beteiligte Gesellschaften? – Der Regelfall der gewerblichen Vorratsgründung	182
1. Die Ansicht Blankes	183
2. Bewertung	184
a. Teleologische Reduktion als zulässiges Mittel zur Nichtanwendung einer Vorschrift insgesamt	185
b. Planwidrige Regelungslücke	187
c. Zu weit gefasster Wortlaut der Vorschriften zur Einleitung und Durchführung des Verhandlungsverfahrens	187
aa. Sicherung erworbener Rechte, Zusammenführung verschiedener Mitbestimmungsstandards	188
bb. Ermöglichung flexibler Gestaltungen	189
cc. Ergebnis	190
d. Teleologische Reduktion aufgrund anderer Rechtsvorschriften bzw. eines dem Gesetz immanenten Prinzips: Der Wille des Unionsgesetzgebers zur Schaffung einer erfolgreichen Rechtsform	190
e. Folgen für Art. 12 Abs. 2 SE-VO	192
3. Ergebnis	192
V. Gründung einer Vorrats-SE durch beteiligte Gesellschaften samt betroffener Tochtergesellschaften mit bis zu neun Arbeitnehmern	193
1. Die herrschende Auffassung: Teleologische Reduktion der Vorschriften zum Verhandlungsverfahren bei beteiligten Gesellschaften samt betroffener Tochtergesellschaften mit weniger als zehn Arbeitnehmern	193

2. Teleologische Reduktion lediglich bei arbeitnehmerlosen beteiligten Gesellschaft und betroffenen Tochtergesellschaften	195
a. Bildung eines bVg bei weniger als zehn Arbeitnehmern	195
b. Teleologische Reduktion des § 5 Abs. 1 S. 2 SEBG bei weniger als zehn passiven Wahlberechtigten für das bVg	197
3. Ergebnis	198
V. Keine Entbehrlichkeit des Verhandlungsverfahrens bei der derivativen Gründung einer SE-Tochter nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO	199
1. Wortlaut und Systematik	200
a. Argumentation gegen die Erforderlichkeit eines Verhandlungsverfahrens	201
b. Bewertung	202
aa. Widerlegung der Argumentation gegen ein Erfordernis des Verhandlungsverfahrens	202
bb. Die derivative Gründungsvariante als Unterfall der Tochtergründung des Art. 2 Abs. 3 SE-VO	203
2. Sinn und Zweck	204
a. Die ein Verhandlungsverfahren ablehnende Ansicht	205
b. Bewertung	206
3. Ergebnis	207
V. Verzicht auf das Verhandlungsverfahren und registerrechtliche Prüfung	207
1. Nachweispflicht des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 SE-VO	207
2. Negativerklärung bei teleologischer Reduktion der Vorschriften zum Verhandlungsverfahren	208
a. Erforderlichkeit der Negativerklärung	208
b. Formulierung und Inhalt	210
c. Ergebnis	210
B. Durchführung des Verhandlungsverfahrens bei der Aktivierung der Vorrats-SE	211
I. Die Frage der Durchführung des Verhandlungsverfahrens bei Aktivierung der Vorrats-SE als Umgehungsproblematik	211
1. Dogmatik der Gesetzesumgehung im deutschen Recht	213
a. Kein eigenständiges Rechtsinstitut	213
b. Analogie und gesetzesüberschreitende Rechtsfortbildung als anzuwendende Mittel	213
c. Verhältnis der Gesetzesumgehung zu § 134 BGB und § 138 BGB	216
d. Analogievoraussetzungen	217



2. Anwendung der Umgehungsgrundsätze – Analoge	
Anwendung der Vorschriften zum Verhandlungsverfahren	218
a. Direkte Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG als ausdrückliche Regelung zur Nachholung des Verhandlungsverfahrens?	218
aa. § 18 SEBG als Regelung zur Nachholung und nicht zur erstmaligen Durchführung des Verhandlungsverfahrens	219
bb. Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	220
(a) Unionsrechtlicher Hintergrund	220
(b) Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG?	222
(aa) Restriktive Auslegung aufgrund fehlender Regelung in der SE-RL?	223
(bb) Restriktive Auslegung als Ausnahmetatbestand?	223
(cc) Ergebnis	225
(c) Begriff der strukturellen Änderung	225
(aa) Wortlaut	226
(bb) Rechtsvergleich	226
(cc) Historische Auslegung	227
(dd) Systematische Auslegung	229
(i) Systematischer Zusammenhang mit §§ 43, 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG	229
(ii) Systematischer Zusammenhang mit § 5 Abs. 4 SEBG	232
(iii) Systematisches Verhältnis zur SCE-RL und zum SCEBG	234
(iv) Systematisches Verhältnis zur Ver- schmelzungsrichtlinie und zum MgVG	235
(v) Systematisches Verhältnis zur EBRL und zum EBRG	236
(vi) Ergebnis	238
(ee) Sinn und Zweck	239
(i) Betroffenheit von Beteiligungsrechten	239
(ii) Gründungsähnliche Sachverhalte, Kooperative Akte	240
(iii) Hinzukommen eines bestehenden Unter- nehmens als entscheidendes Kriterium	243
(iv) Unerheblichkeit von Einwirkungen auf die gesellschaftsrechtliche Struktur	245
(v) Abgrenzung anhand der Kriterien des § 613a BGB	246

(vi) Ergänzung für den Fall der Verschmelzung bzw. Spaltung einer mitbestimmten, reinen Holdinggesellschaft auf eine SE	250
(ff) Ergebnis	251
(d) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer	251
(aa) Begriff Beteiligungsrechte	251
(bb) Rechte in Konzerngesellschaften und Aufnahme lediglich eines Teils einer bestehenden Gesellschaft	253
(cc) Minderung von Beteiligungsrechten	255
(dd) Alleinige Maßgeblichkeit der hinzukommenden Arbeitnehmer	257
(ee) Ergebnis	259
(e) Einordnung der Aktivierung einer unter Durchführung des Verhandlungsverfahrens gegründeten Vorrats-SE	259
(aa) Verschmelzung eines bestehenden Unter- nehmens durch Aufnahme auf die Vorrats-SE	260
(i) Verschmelzung auf die Vorrats-SE als strukturelle Änderung	260
(ii) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten	261
(bb) Vorrats-SE als übernehmender Rechtsträger einer Spaltung zur Aufnahme	262
(cc) Einbringung eines bestehenden Unternehmens in die Vorrats-SE als Sacheinlage	262
(i) Kein Fall des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG bei der Einbringung von Geschäftsanteilen	262
(ii) Einbringung der Vermögensgegenstände eines bestehenden Unternehmens(teils)	263
(dd) Erwerb der Anteile an einer bestehenden Gesellschaft durch die Vorrats-SE (share deal)	264
(ee) Erwerb der Vermögensgegenstände eines bestehenden Unternehmens durch die Vorrats- SE (asset deal)	265
(ff) Start der Geschäftstätigkeit und die erstmalige Einstellung von Arbeitnehmern	265
cc. Ergebnis	267
b. Rechtslage bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	268

aa. Analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG beim Scheitern der direkten Anwendung allein am fehlenden Verhandlungsverfahren bei der SE-Gründung	269
(a) Vorliegen der Analogievoraussetzungen	269
(b) Praktische Relevanz	270
bb. Anwendung der Umgehungsgrundsätze in den Fällen, in denen die Voraussetzungen von § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG nicht vorliegen	270
(a) Unter Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gegründete SE bei Fehlen der sonstigen Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	272
(aa) Planwidrige Regelungslücke	272
(bb) Keine Differenzierung danach, ob bei der SE-Gründung die Interessen der Beteiligten ausreichend gesichert worden sind	273
(cc) Ergebnis	274
(b) Unter Verzicht auf ein Verhandlungsverfahren gegründete Vorrats-SE bei Fehlen der sonstigen Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	274
(aa) Darstellung der verschiedenen Meinungen	275
(i) Durchführung des Verhandlungsverfahrens in analoger Anwendung der Rechtsfolgen des § 18 Abs. 3 SEBG	275
(ii) Analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG bei Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten	277
(iii) §§ 4ff. SEBG (analog)	277
(bb) Stellungnahme: Prüfung der Voraussetzungen der analogen Anwendung	279
(i) Planwidrige Regelungslücke	279
(ii) Ergebnis: Keine gesonderte Beurteilung, sondern Anwendung der ohnehin bestehenden Regelungen	281
3. Rechtsfolgen in denjenigen Fällen, in denen § 18 Abs. 3 SEBG eingreift	281
a. Grundsatz: Recht auf Veranlassung von Neuverhandlungen	282
b. Fehlen eines SE-Betriebsrats	283
aa. Pflicht der Leitung zur Veranlassung von Verhandlungen	283
bb. Amtslöschungsverfahren	284
cc. Initiativrecht von 10 % der hinzukommenden Arbeitnehmer analog § 18 Abs. 1 SEBG	285

c. Informationsrecht und Pflicht der Leitungen zur Mitwirkung bei der Bildung des bVg nach Veranlassung	285
d. Verhandlungsparteien	287
e. Zeitpunkt der Veranlassung	288
f. Kein durchsetzbarer Anspruch auf ernsthafte Verhandlungen	288
g. Anwendung der Auffangregelungen	289
aa. Maßgeblichkeit des Mitbestimmungsniveaus in den an der strukturellen Änderung beteiligten Gesellschaften	289
bb. Anwendung der §§ 34, 35 SEBG	291
(a) Strukturelle Änderung durch Verschmelzung durch Aufnahme einer mitbestimmten Gesellschaft in eine Vorrats-SE	292
(b) Andere Fälle der strukturellen Änderung unter Beteiligung einer Vorrats-SE und einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit	292
(c) Aufnahme mehrerer bestehender wirtschaftlicher Einheiten in eine Vorrats-SE sowie strukturelle Änderungen unter Beteiligung von aktiven SE	293
(d) Ergebnis	293
II. Aktivierung einer Vorrats-SE als Missbrauch im Sinne der Art. 11 SE-RL, § 43 S. 1 SEBG	294
1. Voraussetzungen des § 43 S. 1 SEBG	295
a. Grundlagen der Konkretisierung des Tatbestands	296
aa. Art. 11 SE-RL und § 43 S. 1 SEBG als konkretisierungsbedürftige Generalklauseln	296
bb. Konkretisierungsmaßstäbe und -kompetenz	297
(a) Konkretisierungskompetenz	297
(b) Unzulässigkeit der Heranziehung nationaler Rechtsmissbrauchserwägungen	299
cc. Ergebnis	300
b. Voraussetzungen im Einzelnen	300
aa. Heranziehung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsgrundsatzes des Unionsrechts	300
bb. Objektive Voraussetzungen des Missbrauchs	302
(a) Der Missbrauch einer SE nach Sagan	302
(aa) Erforderlichkeit der Umgehung nationalen Rechts	303
(bb) Vorgang im Bereich des Unionsrechts	303
(cc) Rein künstliche Vorgänge	304
(dd) Vorteile aus der Anwendbarkeit des Unionsrechts	304

(ee) Ergebnis	305
(b) Die Vorschläge Ramckes und eigene Stellungnahme	305
(aa) Systematische Konkretisierung	305
(bb) Historische und teleologische Konkretisierung	306
(c) Vorenthaltung oder Entziehung von Beteiligungsrechten	308
(aa) Erwägungen sowohl zur Entziehung als auch zum Vorenthalten von Beteiligungsrechten	308
(i) Erfordernis eines Erfolgs	308
(ii) Kein Missbrauch bei zulässiger Mitwirkung der Arbeitnehmer an einer Verminderung von Beteiligungsrechten	309
(iii) Kein Erfordernis eines besonders schwerwiegenden Eingriffs	310
(iv) Missbrauch als Beeinflussung des Ergebnisses der Anwendung des SEBG	310
(bb) Entziehen von Beteiligungsrechten	311
(cc) Vorenthalten von Beteiligungsrechten	312
(i) Vorenthalten von Unterrichts- und Anhörungsrechten	313
(ii) Vorenthalten unternehmerischer Mitbestimmung	313
(d) Die Auswahl unter den Gründungsvarianten als Missbrauch	314
(e) Rechtfertigung eines objektiv missbräuchlichen Verhaltens auf objektiver Ebene?	315
(f) Ergebnis zu den objektiven Voraussetzungen des Missbrauchs	316
cc. Subjektive Voraussetzungen des Missbrauchs	317
(a) Bewusstsein der Entziehung oder des Vorenthalten nicht ausreichend	317
(b) Erfordernis eines dolus directus ersten Grades zum Vorenthalten oder Entziehen von Beteiligungsrechten	319
(c) Ergebnis	320
c. Anwendung auf den Fall einer Vorrats-SE	320
aa. Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG im Fall der Aktivierung einer Vorrats-SE	321
(a) Grundsatz: Kein Missbrauch, da Initiativrecht der Arbeitnehmer zur Durchführung von Verhandlungen	321

(b) Vereitelung des Initiativrechts der Arbeitnehmer als Rechtsbruch	322
(c) Ausnahme: Fehlende Dispositionsbefugnis der Arbeitnehmer bei Umgehung der Umwandlungsgründung	323
(d) Ergebnis	324
bb. Aktivierung einer Vorrats-SE ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	325
d. Rechtsfolgen des Eingreifen der Art. 11 SE-RL, § 43 S. 1 SEBG	326
e. Ergebnis	328
5. Teil: Gläubigerschutz bei der Aktivierung der Vorrats-SE	330
A. Allgemeine Meinung: Übertragung der für eine deutsche AG geltenden Grundsätze	330
B. Tragfähigkeit des Umgehungsgedankens	331
I. Anwendbarkeit von nationalem Gläubigerschutzrecht bei der SE-Gründung	331
II. Umgehung des Gläubigerschutzrechts der SE-Gründung?	332
1. Differenzierung nach der Gründungsvariante nicht sachgerecht	332
2. Umgehungsgrundsätze des Unionsrechts	333
C. Gläubigerschutzrecht der AG-Gründung außerhalb des Umgehungsgedankens	334
I. Zulässigkeit der Analogie zu nationalen Vorschriften im Rahmen des Regelungsgeflechts der SE	334
II. Analoge Anwendung des Gläubigerschutzrechts einer der Gründungsvarianten?	337
1. Handelndenhaftung Art. 16 Abs. 2 SE-VO	337
2. Gläubigerschutz bei der Verschmelzungsgründung	338
a. Irrelevanz des Altgläubigerschutzes im Rahmen der Aktivierung einer Vorrats-SE	338
b. Neugläubigerschutz bei der Verschmelzungsgründung	338
aa. Verschmelzung durch Aufnahme	338
bb. Verschmelzung zur Neugründung	339
3. Gläubigerschutz bei der Holdinggründung	340
4. Gläubigerschutz bei der Tochtergründung nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO sowie der Gründung nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO	341
5. Gläubigerschutz bei der Umwandlungsgründung	341
a. Art. 37 Abs. 6 SE-VO	341

b. Weiteres Gläubigerschutzrecht im Rahmen der Umwandlungsgründung	344
III. Folgerungen und Ergebnis	345
6. Teil: Weitere bei Aktivierung einer Vorrats-SE anzuwendende Vorschriften	346
A. Art. 66 Abs. 1 S. 2 SE-VO	346
B. Art. 37 Abs. 3 SE-VO	348
C. Ergebnis	351
7. Teil: Fazit und Ergebniszusammenfassung	352
A. Gesellschaftsrechtliche Ebene	352
I. Kein Konflikt mit den Gründungsrestriktionen	352
II. Gläubigerschutz bei der Aktivierung der Vorrats-SE	354
B. Arbeitsrechtliche Ebene	355
I. Verzicht auf das Verhandlungsverfahren bei der Gründung	355
II. Durchführung des Verhandlungsverfahrens bei der Aktivierung der Vorrats-SE	356
Literaturverzeichnis	359





## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bzw. früher Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft oder Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965, BGBl. I, 1089ff.
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz (Österreich)
AO	Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002, BGBl. I 2002, 3866ff., BGBl. I 2003, 61ff.
Art./Artt.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLGZ	Sammlung des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
Beschl.	Beschluss
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände e.V.
BdB	Bundesverband deutscher Banken e.V.
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001, BGBl. I, 2518ff.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl. I 2002, 42ff., 2909ff., BGBl. I 2003, 738ff.

## *Abkürzungsverzeichnis*

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CMLRev	Common Market Law Review
DAI	Deutsches Anwalts-Institut e.V.
DB	Der Betrieb
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004, BGBI. I, 974ff.
DSiR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBLR	European Business Law Review
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte (Europäische Betriebsräte-Gesetz – EBRG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. November 2011, BGBI. I, 2650ff.
EBRL	Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung), Abl. L 122 v. 16. Mai 2009, 22ff.
eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10. November 2006, BGBI. I, 2553ff.
EL	Ergänzungslieferung

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Sozialrecht
FF	Fortfolgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GDV	Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
GG	Grundgesetz
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRC	Europäische Grundrechte-Charta
GrEStG	Grunderwerbssteuergesetz
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung
h.M.	Herrschende Meinung
i.G.	In Gründung
JJZW	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel

## *Abkürzungsverzeichnis*

KG	Kammergericht oder Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar
LG	Landgericht
Lit.	Littera
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vom 21. Dezember 2006, BGBl. I, 3332ff.
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976, BGBl. I, 1153ff.
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereines, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MK	Münchener Kommentar
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008, BGBl. I, 2026ff.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
oHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
S.	Satz oder Seite
SCE	Societas Cooperativa Europaea, Europäische Genossenschaft
SCEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft vom 14. August 2006, BGBl. I,

	1911ff.
SCE-RL	Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. Juli 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L207 vom 18. August 2003, 25ff.
SE	Societas Europaea bzw. Europäische Gesellschaft
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 22. Dezember 2004, BGBl. I 2004, 3675ff.
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) vom 22. Dezember 2004, BGBl. I 2004, 3675, 3686ff.
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22. Dezember 2004, BGBl. I 2004, 3675ff.
SE-RL	Richtlinie 2011/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2011 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294 vom 10. November 2011, 22ff.
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294 vom 10. November 2001, 1ff.
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SPE	Societas Privata Europaea
SUP	Societas Unius Personae
StBW	Steuerberater Woche
StuW	Steuer und Wirtschaft
UAbs.	Unterabsatz
u.a.	Und andere
UG	Unternehmergesellschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 3210ff., BGBl. I 1995, 428ff.
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002, BGBl. I 2002, 413ff., BGBl. I 2003, 738ff.
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
Urt.	Urteil
v.	Vom
Vfg.	Verfügung

## *Abkürzungsverzeichnis*

Vgl.	Vergleiche
VO-E	Verordnungsentwurf
VO-E 1970	Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das Statut für europäische Aktiengesellschaften, ABl. C 124 vom 10. Oktober 1970, 1ff.
VO-E 1975	Geänderter Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, BT-Drs. 7/3713, 1ff.
VO-E 1989	Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. C 263 vom 16. Oktober 1989, 42ff.
VO-E 1991	Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. C 176 vom 8. Juli 1991, 1ff.
Vorb.	Vorbemerkung
VRL	Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25. November 2005, 1ff.
Vs.	Versus
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
z.B.	Zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamten Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht